

La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa

Giovanna Marchianò

SOMMARIO: 1. Premessa e impostazione del tema. – 2. Il principio della legalità algoritmica alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale. – 3. Algoritmo: atto amministrativo informatico, diritto di accesso e principio di trasparenza. – 4. La motivazione nelle procedure algoritmiche: motivazione *per relationem*. – 5. Il ruolo del responsabile del procedimento e il sindacato del giudice amministrativo. – 6. La “discrezionalità amministrativa” nel sistema degli algoritmi. – 7. Possibili conclusioni.

1. *Premessa e impostazione del tema*

La mole dei dati ovvero il mondo dei *big data* ha reso necessario l'impiego degli algoritmi quale procedura seriale standardizzata, utilizzata sovente nel diritto amministrativo in quanto consente l'elaborazione di ingenti quantità di dati oggettivati, attraverso una necessaria attività di mediazione operata *ex ante* dal funzionario amministrativo¹. Sono evidenti i vantaggi in termini di efficienza e di efficacia per l'azione dei pubblici poteri nell'utilizzo del procedimento di auto-

¹ R. Borruso, *Riflessioni sull'informatica giuridica*, in R. Borruso, R. Di Giorgi, L. Mattioli e M. Ragona, *Informatica del diritto*, Giuffrè, 2004, 267, secondo il quale «[...] sarebbe meglio chiamarla informatica del diritto per evidenziare che qui è il diritto a farsi oggetto dell'elaborazione elettronica, e quindi per meglio distinguerla dal diritto dell'informatica ove, invece, è l'informatica ad essere oggetto del diritto, e riservare l'espressione informatica giuridica per indicare l'insieme dell'una e dell'altra e cioè, onnicomprensivamente, tutto il rapporto ravvisabile, sotto ogni aspetto tra informatica e diritto». L'espressione informatica giuridica fu coniata nel 1962 da *Philippe Dreyfus* come contrazione di *information automatique juridique*. Una breve storia degli inizi dell'informatica giuridica è riportata in V. Frosini, *Il cittadino e i calcolatori nell'esperienza giuridica italiana*, in *Atti del colloquio internazionale su Informatica e diritto. Efficienza dei sistemi automatici di informazione nella difesa sociale e garanzie dei diritti individuali* (Pavia, 15-17 settembre 1972), Milano, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, 1974, 29-39. Un'altra ricostruzione di questo periodo, basata su ricordi personali, si trova in M.G. Losano, *I primi anni dell'informatica giuridica in Italia*, in Aa.Vv., *La cultura informatica in Italia. Riflessioni e testimonianze sulle origini. 1950-1970*, Torino, 1993, 193-236. V. Frosini, *La giuritecnica: problemi e risposte*, in *Informatica e diritto e Società*, Milano, 1988, 163, 164. S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973. Sul tema dei *Big Data*, L. Torchia, *La tecnificazione*, Firenze, 2016, 165; G. Carullo, *Gestione, fruizione, e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017.

mazione del processo decisionale; fino a quando si tratta di dati non strettamente personali ovvero di dati da cui è possibile desumere modelli per previsioni, *nulla questio* ma, se i dati in questione sono personali e le predizioni vengono utilizzate per classificare e valutare comportamenti dell'uomo, allora lo scenario cambia e occorre occuparsi con attenzione di tale tema al fine di verificare che non vengano scalfite le forme di tutela del privato che il procedimento amministrativo è venuto a delineare². Pertanto se, come si vedrà, secondo la giurisprudenza in materia tali principi permangono in tutta la loro portata, è evidente che senza particolari sforzi interpretativi l'ambito di applicazione degli algoritmi si estende anche a settori ulteriori dell'amministrazione e, perfino della giurisdizione.

Giocano a favore dei nuovi moduli il fatto che essi avrebbero, come elemento a loro vantaggio, i caratteri dell'efficienza e dell'efficacia; cosicché, in molti campi gli algoritmi diventano lo strumento attraverso cui possono essere corrette quelle imperfezioni che caratterizzano invece i processi cognitivi degli esseri umani, messe «in luce soprattutto negli ultimi anni da un'importante letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva»³.

Sulla base dell'art. 22 GDPR (Regolamento n. 679/2016/UE) viene a emergere la distinzione tra “decisioni interamente automatizzate” e “decisioni non interamente automatizzate”: secondo il legislatore europeo (e come si avrà modo di sottolineare della giurisprudenza amministrativa nazionale) salvo eccezioni, solo i secondi sono ammessi poiché, solo questi ultimi sono espressione di una “legalità di garanzia” che risiede oltre che nella conoscibilità dell'*iter* logico imposto dal

² Sulla circolazione dei dati personali si rammenti il Regolamento n. 679/2016/UE (c.d. GDPR) e il Codice sulla *Privacy* d.lgs. 101/2018, che ha modificato il precedente d.lgs. 196/2003. B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, in Aa.Vv., *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, Merluzzo editore, 2020, 451 ss. «...il primo elemento da cui prendere le mosse per ragionare è quello della esistenza di un fenomeno inarrestabile di creazione di dati, che sono prodotti da meccanismi della nostra vita associata: ogni volta che utilizziamo uno dei numerosi strumenti elettronici che abbiamo a disposizione, ogni volta che mandiamo un messaggio, ogni volta che cerchiamo informazione, un viaggio, ogni spostamento, ogni scelta di un programma televisivo, ogni transazione bancaria, ogni pagamento con strumenti elettronici produce dati che vengono immessi in uno o più data base. Sono i *big data*... ovvero l'ammontare delle informazioni prodotte da numerose fonti e gestite in modo automatico tramite processi di algoritmi e filtrate mediante un processo di estrazione che si avvale di appositi *software*». F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, in Aa.Vv., *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 475, ove l'A. rileva che «È ormai condiviso che l'agire pubblico, nelle sue diverse espressioni debba sfruttare le rilevanti potenzialità della cd. rivoluzione digitale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti». Significativa sotto questo profilo è l'indagine sui *big data* condotta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dall'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni, dal Garante per la protezione dei dati personali, pubblicata il 10 febbraio 2020. In genere, sul versante privatistico sovente viene utilizzato il c.d. “contratto informatico”. Z. Zenocovich, *Sul rilievo pratico e sistematico della categoria dei c.d. contratti di informatica*, in *I contratti di informatica: profili civilistici. Tributari e di bilancio*, a cura di A. Alpa e Z. Zenocovich, Milano, 1987. G. Proietti, *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica*, Milano, 2020, 113 ss.

³ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in www.federalismi.it, 4 settembre 2019.

regolatore amministrativo alla macchina, anche nella possibilità di sindacare in termini di proporzionalità e ragionevolezza la scelta di robotizzazione della decisione.

In questa prospettiva l'elaborazione del *software* verrebbe a essere il momento della "trasformazione del potere in atto" tradizionale nel contenuto ma innovativo nella forma; l'atto scaturente dall'algoritmo, facendo riferimento al meccanismo più semplice, determina di fatto il contenuto dell'atto terminale⁴. Tale atto si sostanzia in un documento elettronico – che potremmo inserire nella c.d. fase integrativa dell'efficacia – in seguito "adottato" dall'amministrazione pubblica; atto quindi fatto proprio dall'amministrazione ma "prodotto" dall'algoritmo o meglio dal "codice sorgente" del *software* e non dal responsabile amministrativo. A ben vedere il ruolo di quest'ultimo, una volta individuato l'interesse pubblico che s'intende perseguire, si concretizza *ex ante* nell'impartire al soggetto che elabora l'algoritmo gli obiettivi che il *software* deve raggiungere, *ex post* il funzionario e i soggetti destinatari del provvedimento possono sempre chiedere la verifica della coerenza tra quanto richiesto e l'atto elaborato dall'algoritmo⁵. Risulta necessaria la preventiva individuazione dei parametri in base ai quali verrà effettuata la scelta che scaturirà, in via automatica, dall'operare di un algoritmo. L'individuazione dei parametri, «in quanto espressione di un giudizio di valore, non può che essere effettuata dall'essere umano; mentre, un processo effettivamente automatizzato non potrà che intervenire a valle di tale valutazione»⁶. Da ciò si desume la conoscibilità dell'algoritmo in tutti i suoi "aspetti" da parte del regolatore pubblico: dal procedimento previsto per l'elaborazione dei dati, alla procedura valutativa decisionale e, infine, ai dati selezionati⁷.

Tuttavia, proprio in relazione a quanto sopra affermato, vengono sollevate numerose riserve nel definire l'algoritmo come sistema obiettivo e neutrale, profi-

⁴ G. Florida, *La protezione giuridica del software*, in *Il Corriere giuridico*, 1986, 2, 209. L'A. definisce i programmi di *software* come «istituzioni formulate in linguaggio matematico su supporti materiali che guidano il funzionamento dei *computers*, ed in quanto tali, essi si contrappongono all'*hardware* che concerne appunto l'elaborazione al quale il programma è destinato». Sempre sullo stesso tema ma con riferimento anche all'utilizzo di algoritmi diversi da quelli decisori, B. Carotti, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2020, 1, 5 ss.

⁵ B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 467. «Va da sé che molti dettagli di questo nuovo diritto alla spiegazione *ex post* dovranno essere chiariti nei prossimi mesi o anni. Non di meno dal punto di vista concettuale, pare chiaro il significato giuridico da dare al termine "spiegazione" con i relativi diritti e obblighi. Da un lato l'informazione fornita deve rispondere alla domanda su come l'algoritmo funzioni (e nel caso di specie, come di fatto ha funzionato) per cui lo spiegare e il diritto alla spiegazione, da questo primo punto di vista, concernano il problema epistemologico relativo all'intelligenza della tecnologia. D'altro canto, la "spiegazione" concerne l'aspetto etico e giuridico del problema di chi debba rispondere per il modo in cui l'algoritmo funziona e, di fatto, ha funzionato». U. Pagallo, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020, 1, www.Rivisteweb.it.

⁶ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 480. L. Muselli, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in www.medialaws.eu, 18. F. Merloni, *Introduzione all'e-government. Pubblica amministrazione società dell'informazione*, Torino, 2005, 16 ss.

⁷ Tar Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

lo positivo che viene in genere affiancato all'efficacia e all'efficienza dello strumento meccanografico. Si sottolinea, a tal proposito, come l'impiego di tali strumenti comporti in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre, tant'è che l'adozione di "modelli predittivi" e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, ordinati e messi insieme, sono operazioni frutto di precise scelte interpretative, operate a monte dal funzionario amministrativo ma messe in atto dal programmatore del *software* con conseguente formulazione di giudizio. Il vero è che, l'utilizzo di taluni sistemi meccanografici, incide su uno dei gangli propri della scienza giuridica «... ovverosia l'idea stessa dell'esistenza di un nesso di causalità tra gli eventi e, conseguentemente, la distinzione "mezzo fine" ovvero "agente strumento" nella definizione dei comportamenti delle relazioni»⁸. Non va infatti dimenticato che, il "mezzo" è l'elemento che contribuisce a causare un evento pur non esercitando alcuna discrezione, il "soggetto agente" è invece colui che avvia tale azione causando l'evento. In questa ipotesi il soggetto agente è il funzionario della P.A. che si avvale dell'algoritmo per l'elaborazione dell'atto terminale.

La tecnologia così come la tecnica, hanno sempre fatto parte della categoria dei mezzi ovvero degli strumenti posti nelle mani di un soggetto agente per consentire di ottenere un determinato risultato. Si deve prendere atto che, la tecnologia a cui si fa riferimento nella presente riflessione, è un "mezzo" per realizzare una serie concatenata di azioni decise da un soggetto agente umano, ma si è ben consci che, quella che viene definita globalmente "intelligenza artificiale", gode invece di una particolare idoneità ad assumere essa stessa decisioni rilevanti per i soggetti interessati e incidenti nella sfera giuridica di questi ultimi⁹.

Parimenti, per meglio chiarire l'oggetto del tema, esso verte sì sull'inscindibile rapporto tra algoritmo e la c.d. digitalizzazione della pubblica amministrazione alla luce della giurisprudenza, ma non ha la pretesa di addentrarsi sullo specifico e più ampio tema (ormai acquisito o che dovrebbe essere già stato acquisito)

⁸ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 67, «[...] nella teoria giuridica così come per la filosofia morale di matrice aristotelica, è un mezzo quell'elemento in corso di azioni che contribuisce a causare un evento ma che non esercita alcuna autonomia o discrezione. È invece un soggetto agente colui che avvia tale corso di azioni causando l'evento».

⁹ A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit, 69. L'A. in realtà si esprime sottolineando il fatto che oggi la tecnologia non sia più solo un mezzo, come invece sostenuto nel testo, ma che essa stessa è capace di prendere decisioni per la persona umana e la sua libertà. Si concorda ovviamente con quanto espresso dall'A.; pur tuttavia la differente prospettiva dipende dal fatto che nel presente scritto ci si limita a quegli algoritmi che vengono di norma utilizzati in specifici settori della P.A., quali concorsi, appalti, attribuzioni di benefici ecc. In una prospettiva più ampia si è ben consci che la Carta della robotica, approvata nel febbraio 2017 dal Parlamento europeo, afferma che «... l'autonomia di un *robot* può essere definita come capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o da un'influenza esterna; [...] tale autonomia è di natura tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata [...]». Ma in questo caso si parla di intelligenza artificiale ovvero di macchine capaci di autoapprendimento. G. Sartor, F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in Aa.Vv., *Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 65.

della c.d. “digitalizzazione” della pubblica amministrazione: argomento quest’ultimo, del quale si discute da moltissimi anni, prova ne sia che addirittura viene richiamato nel c.d. “Rapporto Giannini” del 1976, nel quale si auspicava l’uso di elaboratori elettronici nel riordino dell’amministrazione dello Stato. Successivamente, è intervenuto il Codice dell’amministrazione digitale nel d.lgs. 92/2005 e relative modifiche, il quale ha disciplinato incentivando il ricorso alla tecnologia informatica come modalità usuale di documentazione e conservazione dell’atto amministrativo, garantendo al documento informatico il requisito della forma scritta e l’efficacia prevista nell’art. 2702 c.c.¹⁰. Il Codice del 2005 avrebbe dovuto avere (il condizionale è d’obbligo) come scopo principale quello della semplificazione dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, utilizzando gli strumenti della I.C.T. (*Information and Communication Technology*) venendo a stabilire il diritto all’uso delle tecnologie¹¹. Si deve tuttavia sottolineare come, la digitalizzazione della P.A. così come l’uso degli algoritmi più semplici, pur in assenza di una disciplina normativa specifica, trovino il loro parametro sia sulla legge del procedimento amministrativo che nel Codice dell’amministrazione digitale sicché, l’uso delle tecnologie informative, comunicative e anche decisorie, restano “serventi” nelle mani del funzionario amministrativo.

Anche questo è un aspetto della sovente citata rivoluzione 4.0, riferita all’apparato pubblico, ove si prevede che il procedimento della decisione amministrativa sia affidato a un *software* nel quale vengono immessi una serie di dati così da raggiungere la decisione finale, senza peraltro ricorrere a sistemi complessi di “intelligenza artificiale” al momento nel campo giuridico lontani dal trovare una piena applicazione soprattutto nel nostro sistema amministrativo¹². Tuttavia la digitalizzazione *ex art.* 12 del d.lgs. 82/2005 auspica non solo il ricorso a modelli digitali ma prevede altresì una riorganizzazione o “reingegnerizzazione” delle modalità di azione delle pubbliche amministrazioni come peraltro parallelamente

¹⁰ G. Marchianò, *L’incidenza delle forme telematiche sul linguaggio dei pubblici poteri nei rapporti coi privati*, in Aa.Vv., *Studi di diritto dell’economia e dell’impresa in memoria di Antonio Cicognani*, Padova, 2012, con particolare riferimento alla possibile incidenza dell’informatizzazione sull’*agere* dell’amministrazione.

¹¹ L. Califano, C. Colipietro, *Innovazioni tecnologiche e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel regolamento UE 2016/679*, Editoriale scientifica, 2017, 773 ss. L. Casini, *Lo stato nell’era di google*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2019, 1111 ss. A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: l’intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, cit., 53 ss. A. Simoncini, *Profili costituzionali dell’amministrazione algoritmica*, in *Riv. Trim. Diritto Pubbl.*, 2019, 4, 1145 ss.

¹² B. Bertarini, *Industria 4.0: la digitalizzazione quale prospettiva di crescita per le imprese*, in *Percorsi costituzionali*, 2017, 3, 935 ss. Il XX° secolo ha visto il passaggio dall’amministrazione tradizionale, caratterizzata dall’utilizzo della carta e della macchina da scrivere, ad un’amministrazione 2.0 che fa uso di computer e stampanti, per giungere all’inizio del XXI secolo nell’era dell’amministrazione digitale o 3.0, nella quale il soggetto pubblico fa ampio ricorso alla comunicazione via internet. Il nuovo processo al quale si comincia ad assistere è quello di un’attività amministrativa che sempre più di frequente ricorre a forme di automazione delle decisioni amministrative. M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit., nota n. 33.

dispone l'art. 15 del Codice dell'amministrazione digitale. La stessa l. 241/1990 non contempla l'ipotesi di un procedimento automatizzato limitandosi, nell'art. 3 *bis*, a prevedere l'uso di meccanismi telematici al fine di conseguire una maggiore efficienza nell'azione amministrativa. Da qui l'interesse suscitato dalla giurisprudenza in materia che, se da un lato non si sposta dal parametro del procedimento amministrativo, dall'altro apporta talune aperture di particolare interesse soprattutto verso gli algoritmi decisori/predittivi.

Il vero è che, l'algoritmo, muovendo da campi scientifici diversi non trova una definizione giuridica univoca: usualmente si fa riferimento a un concetto molto generico che vede, nell'algoritmo, una successione meccanica di *step* il più delle volte di carattere neutrale o almeno così ritengono e la giurisprudenza e parte della dottrina¹³. A tal proposito, si parla di "epistemologia riduzionista", concetto che può essere sintetizzato nel dato secondo cui tutti i problemi complessi possono essere ricondotti a una serie ordinata e finita di problemi più semplici¹⁴; grazie alla loro presunta asetticità, gli algoritmi diventano i protagonisti di un "mash-washing", attraverso i numeri talvolta si possono operare anche scelte dal preciso impatto sociale che si ammantano di neutralità solo perché assunte dalle macchine¹⁵. È evidente, tuttavia, che "la decisione dell'algoritmo" «... non può

¹³ F. Maggino, G. Cicerchia, *Algoritmi, etica e diritto*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2019, 6, 1164, «[...] l'aspetto meno semplice è quello che lega gli algoritmi ad aspetti di apprendimento (*training*) spesso più correttamente definiti di "affinamento" (*tuning*): in questo caso, la definizione di un algoritmo consente prima di "mostrare" quali elementi di un insieme presentano caratteristiche comuni per poi "indicarli" quali sono i *patterns* da trovare per poter classificare correttamente l'elemento. Nella sua definizione semplice, un algoritmo (deterministico) conduce allo stesso risultato ogni volta che gli viene fornito lo stesso *input*, diversamente dalla definizione legata all'apprendimento. Infatti, può capitare che due identici elementi, analizzati da due procedimenti di apprendimento diverso, producano *output* diversi». G. Sartor e F. Lagioia, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, Milano, 2020, 64, «Il concetto di algoritmo è spesso usato per identificare applicazioni dell'intelligenza artificiale, ad esempio attraverso locuzioni come "decisioni algoritmiche". Il concetto di algoritmo ha in realtà un carattere più generale perché include qualsiasi sequenza di istruzioni definite in modo univoco per eseguire efficacemente un'attività, in particolare, ma non solo, attraverso calcoli matematici ... Ovviamente, non tutti gli algoritmi riguardano o si occupano di intelligenza artificiale, ma tutti i sistemi di intelligenza artificiale – come qualsiasi sistema informatico – presuppongono l'uso di algoritmi».

¹⁴ "Legge di Moore" *ad vocem*, in Enciclopedia Treccani, «Legge empirica che descrive lo sviluppo della microelettronica, a partire dall'inizio degli anni Settanta, con una progressione sostanzialmente esponenziale, perciò straordinaria; la legge fu enunciata per la prima volta nel 1965 da *Gordon Moore*, uno dei fondatori di INTEL e dei pionieri della microelettronica, che la ribadì pubblicamente nel 1974. Essa afferma che la complessità dei microcircuiti (per es., misurata dal numero di transistori per chip o per area unitaria) raddoppia periodicamente, con un periodo originalmente previsto in 12 mesi, allungato a due anni verso la fine degli anni Settanta e dall'inizio degli anni Ottanta assestandosi sui 18 mesi».

¹⁵ «La cibernetica, come il diritto è scienza del controllo dell'azione altrui. Frosini coglie la comunanza di oggetto e la diversità dei rispettivi metodi, ma per giungere ad una sintesi molte erano le premesse più o meno nascoste correnti all'epoca, che era necessario confutare o falsificare. La prima premessa, che già Frosini smentisce, è quella riduzionista, del "vil meccanico" di manzoniana memoria. Queste macchine non si limitano a ordinare meccanicamente dati, ma strutturano conoscenze e ne creano di nuove». F. Romeo, *Dalla Giuritecnica di Vittorio Frosini alla Privacy by Design, Atti della giornata celebrativa in occasione dei 70 anni di Vittorio Frosini*, cit., 18.

essere vincolata dalla “legge matematica-informatica” con la quale è stato scritto e nella quale in ultima analisi si sostanzia, e che traduce la regola amministrativa applicabile ad un dato procedimento»¹⁶.

Permane, in linea generale, la denuncia del carattere oscuro degli algoritmi che diventa il punto di riflessione da parte della dottrina pubblicistica in quanto questi risultano essere «vere e proprie “scatole nere” per la difficoltà di addentrarsi nei meccanismi che presiedono il loro funzionamento e per l’orientamento, emerso soprattutto negli ordinamenti di *common law*, di respingere le richieste di accesso per ragioni di tutela della proprietà intellettuale del *software*»¹⁷. Ove non fosse garantita la conoscibilità dell’algoritmo in senso pieno e incisivo, si verrebbe a violare, come si vedrà più avanti, il principio di trasparenza che connota l’esercizio del potere amministrativo e tutta l’attività pubblica. Tale impostazione pare ricevere una conferma anche da parte del legislatore europeo nel Regolamento n. 679/2016/UE (c.d. GDPR) sulla protezione dei dati personali lì dove s’introduce una garanzia di particolare rilievo allorché, come previsto nell’art. 13, anche nel caso di processo interamente automatizzato, si richiede che il titolare debba fornire informazioni significative sulla logica utilizzata nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato.

In Italia, grazie alla giurisprudenza seguita in ciò dalla dottrina, si è operata una seria riflessione volta a garantire che, anche utilizzando l’algoritmo, sia possibile rispettare i principi del procedimento amministrativo. Com’è stato sottolineato «... le regole che disciplinano il divenire della decisione, secondo i canoni tradizionali ricavabili in via generale dalla l. 241/1990, non pare possano costituire un ostacolo insormontabile, non solo all’utilizzo di un algoritmo in funzione di ausilio ma neppure ad un mezzo di decisione interamente robotica, nella quale siano gli stessi interessati ad immettere i dati necessari alla decisione»¹⁸. Pur

¹⁶ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 480. L. Viola, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, 1-2, 78, ove si legge che il criterio di ammissibilità per l’attività vincolata funge da “cavallo di Troia” per la penetrazione della I.A. nella sistematica amministrativa.

¹⁷ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell’amministrazione nella società dell’algoritmo*, cit. La soluzione è parzialmente diversa in Italia, dove la natura di opera di ingegno non costituisce esclusione di diritto di accesso ex l. 241/1990, come si vedrà nel prosieguo dell’elaborato. In ogni caso è interessata la denuncia degli Autori sopra citati, sulla «... difficoltà di lettura di algoritmi che impiegano grandi quantità di dati (*big data*) e, in misura crescente, si caratterizzano per l’impiego di tecnologie basate sull’intelligenza artificiale, che non si limitano a seguire fedelmente le istruzioni del programmatore, ma inventano soluzioni e percorsi inediti; con il risultato che neppure colui che ha fornito le istruzioni alla macchina attraverso l’algoritmo è pienamente in grado di ripercorrere il processo decisionale e offrire una spiegazione comprensibile... ».

¹⁸ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 481. «La giurisprudenza – espressa relativamente ad una procedura informatica finalizzata all’assegnazione degli insegnanti alla relativa sede di servizio – ha già sottolineato la piena ammissibilità di tale modalità di esercizio del potere, che risponde ai canoni di efficienza e di economicità dell’azione amministrativa (art. 1, l. 241/1990) i quali, secondo il principio costituzionale del buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all’amministra-

tuttavia, come si è già anticipato, le norme comunitarie così come la giurisprudenza prevalente, non sembrano ammettere in linea di massima algoritmi interamente robotici.

2. *Il principio della legalità algoritmica alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale*

In teoria, l'uso degli algoritmi nel campo del diritto amministrativo, dovrebbe rappresentare la panacea qualora ci si trovi di fronte a particolari situazioni quali accessi a concorsi, gare pubbliche, richieste di benefici ecc., limitatamente all'attività non valutativa ma basati sul possesso dei requisiti di ammissione di soggetti interessati; in queste ipotesi, l'uso dell'algoritmo oltre che snellire il procedimento, dovrebbe garantire l'imparzialità della decisione in ossequio all'art. 97 della Costituzione. Si è consci che tale prospettiva possa risultare fin troppo semplice in quanto non tiene conto di tutte le problematiche relative alle diverse tipologie dell'algoritmo stesso a seconda del quale si hanno effetti diversi: tuttavia, volendo privilegiare il profilo dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, occorre *in primis* sottolineare che, quanto sopra detto, può essere conseguito soltanto se nell'algoritmo non sono presenti aspetti di "apprendimento" o di "affinamento". A monte delle scelte da parte della P.A. in riferimento ad una fattispecie concreta, si colloca una valutazione dell'interesse primario che si intende perseguire: il "giudizio di valore", come già accennato, non può che essere dell'apparato pubblico mentre la neutralità dell'algoritmo si colloca ad un livello meramente operativo¹⁹. Ciò porta al delicato tema dell'utilizzo dei dati qualora questi siano forniti in una prospettiva predittiva: tali formule possono avere un effetto dannoso nei casi in cui tali modelli si rivelino "deboli" o forvianti, nel senso che occorre che i dati forniti siano del tutto oggettivi e/o oggettivizzabili.

In linea generale, la sviluppata capacità e potenza di calcolo delle macchine, insieme alla crescente possibilità di definire algoritmi sempre più in grado di modellare la realtà, così come catturata da dati non strutturali collegando elementi diversi, produce la c.d. "Intelligenza Artificiale" (AI)²⁰. In altre parole la AI è defini-

zione il conseguimento dei propri fini col minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale». E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2020, 2; E. Carloni, *La riforma del codice dell'amministrazione digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 469.

¹⁹ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 476.

²⁰ La nozione di AI fu creata nel 1956 dal matematico John McCarthy che ipotizzava la costruzione di un computer in grado di eseguire le stesse funzioni ed applicare lo stesso tipo di ragionamento della mente umana. È possibile individuare due definizioni di AI, una «forte», quando il computer correttamente programmato sia fornito di una intelligenza «pura» e si presente non differenziata da quella umana, e una «debole», quando essa è

ta dalle potenzialità combinate di algoritmi e macchine e, tali potenzialità, si evolvono molto velocemente modificando sia le nostre vite sia i nostri comportamenti.

Nel campo pubblicistico, in pochi anni si è passati dall'amministrazione digitale all'amministrazione che utilizza algoritmi, fino ad arrivare all'intelligenza artificiale e, tale sviluppo, appare ed è sempre più penetrante nella vita quotidiana sì da creare un allarme giuridico per la temuta possibilità che vengano a essere violati principi fondamentali del diritto amministrativo. Si osservi che, per le pubbliche amministrazioni italiane, l'uso di algoritmi per l'elaborazione d'informazioni utili non dovrebbe essere qualcosa di totalmente nuovo, basti pensare che, nell'ambito del procedimento tributario in tema di controlli amministrativi sui privati, fin dagli anni '70 si è previsto l'utilizzo della "fiscalità di massa". È venuto così ad affermarsi un modello di accertamento basato su autodichiarazione e sostituto d'imposta, mentre controlli approfonditi di singole posizioni reddituali, residuano su un numero limitato di contribuenti selezionati attraverso sistemi di analisi di rischio. In tale contesto prendono le mosse le recenti esperienze di uso di algoritmi per aumentare l'effettività dei controlli, non solo in funzione repressiva, ma anche per l'impostazione di strategie di supporto alla *compliance*; si rammenti che, sugli algoritmi, era basato anche il c.d. "redditometro" ora sostituito dal "risparmiometro"²¹. Gli algoritmi sono utilizzati, altresì, nell'ambito dei controlli sui versamenti dei contributi previdenziali, in particolare l'INPS ha avviato nel 2010, un sistema di controlli su imprese selezionate attraverso tecniche di *data mining* che, tramite algoritmi, elabora le informazioni derivanti dall'incrocio dei dati raccolti da banche, dati interni ed esterni all'INPS. Alcuni algoritmi di *data mining* sono stati utilizzati dall'INPS anche in funzione "predittiva" per individuare attività a rischio d'irregolarità non ancora accertate²². Nonostante queste esperienze, il problema è esploso nelle vertenze aventi a oggetto l'applicazione degli algoritmi, *ex l.* 107/2015, meglio nota come "buona scuola". A seguito di tale disposizione il Ministro dell'Istruzione aveva deciso che le assegnazioni delle sedi di servizio agli insegnanti vincitori di concorso, ovvero le decisioni sulle loro richieste di mobilità, venissero effettuate da un *software* che, tenendo conto della normativa, dei titoli dei concorrenti e delle disponibili-

in grado solo di mimare i processi cognitivi tipici degli umani senza riuscire a stare allo stesso livello della mente umana e riprodurre la sua complessità. F. Maggino, G. Cicerchia, *Algoritmi, etica e diritto*, cit., 1165. N. Rongone, *Semplificazione ed effettività dei controlli sulle imprese*, in *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, 2019, 3, 882 ss.

²¹ Corte Cass., sez. Trib. 20 dicembre 2012, n. 23554, con nota di M. Beghin, *Il redditemetro e gli altri accertamenti standard nelle maglie della presunzione semplice*, in *Corr. Trib.*, 2013, 2042. A. Marcheselli, *Redditometro e diritti fondamentali: da garante e giurisprudenza estera un "assist" ai giudici tributari italiani*, in *Corr. Trib.* 2014, 14 ss. E. Della Valle, *Note minime in tema di accertamenti standardizzati*, in *Rass. Trib.*, 2014, 4, 695.

²² Sotto altri profili, quant'anche connessi alle osservazioni contenute nel testo, B. Caruso, *Il lavoro digitale e tramite piattaforma: profili giuridici e di relazioni industriali. I lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale europeo: tutele rimediali legali, giurisprudenziali e contrattuali*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2019, 4, 1005 ss.

tà delle sedi di servizio, elaborava una graduatoria per le assegnazioni e per i trasferimenti²³. La vicenda che si è snodata tra TAR e Consiglio di Stato «... oggi costituisce un vero e proprio *corpus* giurisprudenziale sull'impiego di algoritmi decisionali della pubblica amministrazione»²⁴. Vicenda che ha messo in luce tutta una serie di tematiche connesse al procedimento amministrativo e alle garanzie relative all'uso di algoritmi. Nella fattispecie in esame il docente che, per i più svariati motivi viene ad esempio escluso automaticamente dalla procedura amministrativa, oppone all'amministrazione il mal funzionamento del sistema informatico relativo alle accettazioni delle domande o ai trasferimenti, ritenendo di essere stato danneggiato e chiedendo la verifica di tutti gli atti compreso il "contenuto" dell'algoritmo; errori che hanno posto problemi di per sé non totalmente nuovi poiché sovente bandi emanati da autorità pubbliche per l'ammissione a benefici di partecipazione a gare o concorsi, prevedono che l'invio della domanda debba avvenire tramite sportello telematico; altrettanto di frequente tali sportelli o piattaforme vanno incontro a mal funzionamenti di diversa natura: in tutte queste circostanze i ricorrenti vengono a subire provvedimenti negativi derivanti non dai funzionari dell'amministrazione ma da automatismi meccanografici decisionali. Emerge quindi l'"irrinunciabilità" del principio di trasparenza alla luce del quale possono «trovare soluzioni le molteplici criticità legate all'automazione della decisione»²⁵.

Fanno da schermo, a tutela degli interessi degli aspiranti concorrenti, qualora ad esempio il punto di contrasto sia la tardività della domanda non imputabile agli stessi, i principi generali contenuti nella l. 241/1990 e in particolare sul

²³ La vicenda sfocia poi nella sentenza TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742, a seguito di domanda presentata con modalità esclusivamente telematica su una piattaforma predisposta dal MIUR per la raccolta dei dati, l'elaborazione dei medesimi e la formulazione, a ciascun avente diritto, di una proposta di assunzione. Il problema lamentato dagli insegnanti, tramite i sindacati, era la collocazione degli insegnanti, che richiedevano l'assunzione in posti situati in parti molto distanti del territorio nazionale quando, a dire dei medesimi, sarebbero stati disponibili posti nella medesima località o molto vicini. La piattaforma del MIUR forniva direttamente all'insegnante richiedente la collocazione, senza dunque un ulteriore provvedimento del Ministero che verificasse quanto elaborato dalla piattaforma. Gli interessati chiedevano di accedere all'algoritmo di elaborazione e, in particolare, al codice sorgente del programma per elaboratore, ai sensi dell'art. 22, l. 241/1990, al fine di comprendere le modalità di selezione. In un primo momento il MIUR opponeva un diniego e, successivamente, presentava una nota nella quale era sommariamente descritto il funzionamento dell'algoritmo; tale nota specificava che il *software* in questione era stato fornito su commessa, al Ministero dalla società HPE Services S.r.l. e che la richiesta di accesso non poteva essere soddisfatta, in quanto il *software* era tutelato quale opera di ingegno.

²⁴ A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1150. In particolare si intende far riferimento alle sentenze del TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742; TAR Lazio, sez. III *bis*, 27 maggio 2019, n. 6606 e Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2019, n. 2270.

²⁵ F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 480. Cfr. M.R. Covelli, *Dall'informazione della giustizia alla "decisione robotica"? Il giudice del merito*, in A. Carleo (a cura di) *Decisione robotica*, Bologna, 2019.

“dovere del soccorso procedimentale” così come ribadito dal Codice dell’amministrazione digitale, d.l. 82/2015 e successive modificazioni²⁶.

Ulteriore elemento a favore del ricorso ai meccanismi algoritmici è rinvenibile nel fatto che l’agente artificiale gode di minori margini di errore per quanto questo non può mai essere escluso a priori; in tal caso l’errore deve essere inteso in senso oggettivo mancando la volontarietà dello stesso da parte della macchina. Lo sviluppo tecnologico del dialogo tra amministrazioni e amministrati, promosso da vari anni con l’obiettivo di avvicinare lo Stato ai cittadini in modo da porre i secondi al centro della pubblica amministrazione, rischia, in assenza di adeguati correttivi, di produrre un risultato “paradossale” ovvero quello di allontanare, escludere, discriminare, ampie fasce di popolazione dall’accesso all’amministrazione per l’impossibilità e/o incapacità di utilizzare gli strumenti digitali di fruizione di detti servizi. Come osservano L. Attias e G. Scorza, «In questa prospettiva “Repubblica Digitale” ha l’ambizione di rappresentare la struttura, l’architrave dell’infrastruttura immateriale culturale che costituisce elemento insostituibile nel processo di trasformazione digitale del Paese»²⁷.

Secondo la prevalente giurisprudenza, in questo supportata dalla dottrina, si deve ritenere che, nell’ambito della produzione di atti amministrativi sia ormai acquisito il principio di “legalità dell’algoritmo” che si realizza qualora, anche attraverso sistemi meccanografici, il privato cittadino non venga a subire limi-

²⁶ I primi spunti legislativi sul tema si rinvengono a partire dagli anni novanta, in occasione dell’emanazione del d.lgs. 39/1993, il quale introduce i sistemi informativi automatizzati nella pubblica amministrazione nonché dalla c.d. “Legge Bassanini” (l. 59/1997) e del relativo decreto di attuazione dal titolo “Criteri e modalità per la formazione, l’archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici” poi confluito nel noto D.P.R. 445/2000. Ma le vere e proprie riforme relative all’innovazione digitale, cominciano a svilupparsi solo a partire dall’inizio del XXI° secolo, dove in tutta Europa si affronta l’obiettivo del mutamento del *modus operandi* dei pubblici poteri attraverso una nuova strategia tecnologica. Per quanto concerne l’Italia a partire dal 2001 il Governo ha cominciato a porre nel proprio programma, l’accento sulla necessità di una profonda modernizzazione del Paese attraverso le nuove tecnologie: gli obiettivi generali in materia sono stati definiti con l’adozione delle Linee guida del Governo per lo sviluppo della Società dell’Informazione. Per la realizzazione di tali obiettivi s’introducono figure come il Ministro per l’innovazione e tecnologie, il Dipartimento per l’innovazione e le tecnologie, il Comitato dei Ministri per la Società dell’Informazione. L’opera di digitalizzazione fino all’emanazione del Codice dell’amministrazione digitale, rimane però oggetto di una stratificazione normativa, avendo come obiettivo quello di riunire in un’unica fonte, le principali regole che via via erano sorte. Coi d.l. 66 e 90 del 2014, e soprattutto con la l. 124/2015 (c.d. “legge Madia”), viene ad essere conferita una nuova centralità alle I.C.T.

²⁷ L. Attias e G. Scorza, *La consapevolezza digitale al servizio dell’etica*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, 2019, 6, 1196. Nata nel corso del 2019, “Repubblica Digitale” su iniziativa del *team* per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri. La «Repubblica Digitale muove dal presupposto che sia urgente scongiurare il rischio che larghe sacche della popolazione si trasformino, per dirla con un’espressione cara a Leonardo Da Vinci, in transiti del cibo anziché della conoscenza, giacché è evidente che la rivoluzione tecnologica in corso farà sì, in un intervallo di tempo straordinariamente più breve rispetto a quello che ha contraddistinto tutte le precedenti rivoluzioni, che la mancanza di adeguate competenze e abilità digitali, specie di base, in assenza di adeguati correttivi, taglierà fuori milioni di cittadini dalla partecipazione alla vita sociale, economica, culturale e democratica del Paese. Si tratta di un rischio che non si può correre ma, ancor prima, che non c’è ragione per correre».

tazioni dei cardini del procedimento amministrativo secondo il dettato della l. 241/1990, alla quale si affiancano quelli elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, in questi anni, ha ben delineato il c.d. “giusto procedimento” quale schermo a tutela dei privati. Proprio nel prisma dell’evoluzione tecnologica e delle sfide che il ricorso agli algoritmi presenta, la dottrina e la giurisprudenza hanno recuperato la centralità della costruzione delle condizioni della legalità algoritmica «a scapito di un legislatore altrimenti sin qui sin troppo solerte nel fornire risposte di dettaglio a questioni pure meno centrali della digitalizzazione pubblica»²⁸. Minoritaria è la giurisprudenza contraria secondo la quale «Un algoritmo, quantunque, preimpostato in guisa da tener conto di posizioni personali, di titoli e punteggi, giammai può assicurare la salvaguardia delle guarentigie procedurali che gli artt. 2,6,7,8,9,10 della legge 7.8.1990 n. 241 hanno apprestato, tra l’altro in recepimento di un inveterato percorso giurisprudenziale e dottrinario»²⁹. Questa giurisprudenza «si caratterizza per un approccio restrittivo, per quanto innovativo nell’estendere all’algoritmo la nozione di atto amministrativo al fine di ammetterne la sindacabilità; una volta resa possibile la contestazione della decisione algoritmica, questa viene sottoposta a limiti importanti che vertono su due questioni che esprimono da angolazioni diverse una lettura strettamente strumentale degli algoritmi [...]»³⁰. La giurisprudenza in parola, successivamente superata dalle sentenze del Consiglio di Stato, si basa sostanzialmente sul carattere discrezionale dell’atto e sulla insostituibilità del funzionario amministrativo.

Anticipando quanto si dirà in seguito, i rilievi contenuti nella sentenza sopra richiamata vengono superati (almeno in parte) sulla base della stretta strumentalità dell’algoritmo. In via di estrema sintesi l’algoritmo deve essere trasparente, l’algoritmo deve essere soggetto al controllo umano, l’algoritmo deve essere non discriminatorio³¹.

²⁸ E. Carloni, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *www.uoc.edulidp*, 2020, 3.

²⁹ TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9227.

³⁰ E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit., 282.

³¹ Questo orientamento, fatto proprio dal TAR Lazio, verrà messo in discussione dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato. Si rinvia Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 e Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 ove si legge: «Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire “informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato”. In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all’interno del Regolamento. 13.3. L’interesse conoscitivo della persona è ulteriormente tutelato dal diritto di accesso riconosciuto dall’articolo 15 del Regolamento che contempla, a sua volta, la possibilità di ricevere informazioni relative all’esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati [...]».

3. *Algoritmo: atto amministrativo informatico, diritto di accesso e principio di trasparenza*

Sempre prendendo ad esempio o come *casus belli* la vicenda della “buona scuola”, l'utilizzo di un *software* prodotto da una società privata per le assegnazioni e per le richieste di mobilità dei docenti ha dato luogo, una volta trasferite nelle aule dei Tribunali, a un'analisi approfondita sul rapporto tra procedimento amministrativo e utilizzo degli algoritmi. Il punto fondamentale sottolineato in particolare nella sentenza TAR Lazio del 2017³², afferisce alla richiesta di accesso da parte degli interessati all'algoritmo, richiesta alla quale in un primo momento si è opposto il Ministero della Pubblica Istruzione. Il diniego da parte dell'amministrazione si fondava su due principali punti: il primo (sul quale sono subito sorte numerose perplessità) attiene al fatto che l'algoritmo, in quanto scritto in un linguaggio di programmazione e contenuto in un *file*, non potrebbe rientrare nella nozione di documento amministrativo ai sensi della l. 241/1990, applicando quanto disposto nell'art. 22, lett. d), ovvero non rientrerebbe neanche nella nozione di “atto amministrativo informatico” previsto dalla stessa legge. Il secondo attiene al fatto che il *software*, essendo stato prodotto da una società privata, sarebbe protetto dalla legislazione come opera d'ingegno. Partendo da questo secondo problema si è obiettato che l'algoritmo, realizzato da una società privata, in genere presuppone la sussistenza di accordi tra la società realizzatrice e sviluppatrice del programma informatico e la pubblica amministrazione nella veste di committente, accordi che regolano i rapporti tra la società produttrice dell'algoritmo e l'amministrazione stessa. In tutti i casi, come si legge in tale sentenza, che nulla dice sul punto, il giudice di primo grado rileva però come «la predetta circostanza di cui sopra, ossia della qualificabilità in termini di opera dell'ingegno del *software* di cui trattasi, tuttavia, non assume la rilevanza dirimente che l'amministrazione intenderebbe attribuirgli, come emerge dal verbale impugnato; infatti, in materia di accesso agli atti della P.A., a norma dell'art. 24, L. n. 241/1990, la natura di opera dell'ingegno dei documenti di cui si chiede l'ostensione non rappresenta una causa di esclusione dall'accesso [...]».

Da qui il più complesso problema dell'interconnessione tra atto amministrativo e algoritmo: se l'algoritmo è un atto amministrativo, soggiace ai principi generali del procedimento compreso il diritto di accesso nella sua coniugazione di diritto alla trasparenza; viceversa ove non si riconosca all'algoritmo la natura di atto amministrativo anche informatico, il privato non potrebbe, teoricamente e salvo alcune eccezioni, accedere all'algoritmo stesso.

³² Tar Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742.

Si è già fatto cenno come, nel diritto europeo, secondo la normativa GDPR la mera conoscenza di un algoritmo non produce in sé nessun effetto se non si è in grado di decifrarne la logica; sul tema è intervenuto anche il *Conseil Constitutionnel* pronunciandosi sul regolamento stesso. I giudici costituzionali francesi hanno confermato la possibilità giuridica di una decisione amministrativa esclusivamente algoritmica ma subordinando tale possibilità ad alcune condizioni. Nella sentenza riecheggia la regola “algoritmica-previa” elaborata dal Consiglio di Stato italiano venendosi ad affermare che, il responsabile del procedimento deve sempre garantire la supervisione al fine di spiegare in dettaglio e in forma intellegibile all’interessato, il modo in cui il trattamento è stato attuato nei suoi riguardi: da ciò deriva che l’algoritmo deve essere esplicitato ovvero vi è una spinta verso l’intellegibilità della motivazione degli algoritmi decisionali, confermando quella tensione tra l’interpretazione giudiziaria interna ed una normativa europea che in realtà, pur non vietando le decisioni amministrative automatizzate, si limita a porre in capo all’amministrazione l’obbligo di dare informazioni significative sulla logica utilizzata «obbligo che nei casi di algoritmi non deterministici [...] non è strutturalmente assolvibile»³³.

Il giudice italiano riconosce, quale principio generale a fronte di procedimenti amministrativi robotizzati «la diretta applicazione specifica dell’art. 42 della Carta europea dei diritti fondamentali [...] laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l’obbligo di sentirla prima di agire, di consentirne l’accesso ai suoi archivi e documenti, ed infine ha l’obbligo di dare le ragioni della sua decisione»³⁴. Il giudice amministrativo va oltre, richiedendo anche a fronte di procedimenti automatizzati, una “trasparenza” dell’algoritmo posto in essere prevedendo che, in tali situazioni debbano essere fornite all’interessato «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento» (art. 14, c. 2, lett. d) GDPR). Seguendo le indicazioni dello stesso giudice amministrativo, non meno interessante appare poi la connessione con l’art. 15 che declina in modo significativo la trasparenza (come diritto azionabile e non solo come dovere del titolare come nel caso precedente), allorché disciplini il diritto di ricevere informazioni relative all’esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati nei suoi confronti. Il Consiglio di Stato dichiara che per

³³ A. Simoncini, *Profili costituzionali dell’amministrazione algoritmica*, cit., 1155. B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 467, «[...] in quanto giurista voglio verificare se il problema da risolvere è stato giustamente individuato, voglio controllare l’insieme di regole che reggono il procedimento, la regolarità complessiva del procedimento e, infine, se queste regole sono state eseguite ordinatamente, voglio verificare – secondo un giudizio che assomiglia a quello di proporzionalità – se i dati messi a disposizione sono congrui con il problema e con il risultato». F. Patroni Griffi, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 168.

³⁴ Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

i procedimenti che non siano interamente automatizzati il diritto di accesso all'algoritmo debba essere inteso innanzi tutto come diritto a "decifrarne la logica". «Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato»³⁵. Nella stessa sentenza si sottolinea il dovere per le amministrazioni di fornire le opportune istruzioni relative al funzionamento dell'algoritmo, assicurandone la comprensibilità del funzionamento del *software* anche al cittadino comune, non potendo rappresentare un ostacolo il linguaggio informatico del c.d. "codice sorgente". In definitiva si deve pervenire alla conoscenza dell'*iter* logico sulla base del quale l'atto terminale è stato emanato nonché la coerenza col contenuto dello stesso³⁶. Da tali premesse la dottrina fa discendere una "declinazione rafforzata" del principio di trasparenza inteso come tracciabilità algoritmica: un principio ai sensi del quale deve sempre essere assicurata al cittadino la comprensione della regola che guida la decisione, anche quando questa è espressa in un linguaggio differente da quello giuridico³⁷.

Il TAR Lazio³⁸, partendo dal presupposto che il tenore testuale dell'art. 22, della l. 241/1990, lett. d), così come modificata e integrata dalla l. 15/2005, delinea una nozione particolarmente estesa dell'atto amministrativo informatico facendo perno su un criterio sostanziale e non sulla provenienza dello stesso³⁹; di conseguenza, l'organo giurisdizionale rileva che, nel caso di algoritmo utilizzato per un'attività amministrativa vincolata (come quella prevista nel caso di specie), lo stesso si sostanzia in un procedimento che dà vita all'atto amministrativo e, quindi, al diritto dell'interessato all'accesso all'atto nonché di prenderne visione

³⁵ Di tale assimilazione si trova conferma nella sentenza del Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

³⁶ S. Sassi, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, In *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 1, 106 ss. E. Carloni, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, cit., 8. G. Avanzini, *Decisioni amministrative ed algoritmi informatici. Predominazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2019, 153. Di fronte agli algoritmi un certo grado di opacità rimane ineludibile e di conseguenza risulta cruciale la conoscenza della logica dell'algoritmo.

³⁷ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

³⁸ TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742.

³⁹ Le perplessità nascono dal fatto che così operando la sentenza reinterpreta il concetto di documento amministrativo *ex art.* 22, l. 241/1990, così come riformato dalla l. 15/2005. L'attuale concetto di documento amministrativo comprende, secondo la normativa sopra richiamata «ogni rappresentazione grafica o qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni e non relativi ad uno specifico procedimento detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti un'attività di pubblico interesse, indipendente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale».

ed estrarne copia, secondo quanto previsto nella legge sul procedimento. Si evidenzia la definizione di documento amministrativo informatico: è a tale nozione che occorre far riferimento per delineare il perimetro oggettivo di esercizio del diritto all'accesso alla documentazione amministrativa.

La giurisprudenza sottolinea inoltre come «Il *software* assume una rilevanza essenziale nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'adozione di un atto a elaborazione informatica e la sua stessa qualificazione giuridica in termini di atto amministrativo informatico è importante a diversi fini e, prima fra tutti, proprio ai fini della verifica dell'ammissibilità dell'accesso di cui all'art. 22 legge 241 del 1990»⁴⁰. L'algoritmo, quandanche ascrivibile sostanzialmente allo schema dell'atto amministrativo informatico, ha tuttavia sempre un ruolo servente rispetto al procedimento pur dando vita ad una decisione amministrativa (ad es. esclusione dal concorso) quale atto terminale⁴¹.

Sembra più conforme ai principi dell'ordinamento, l'impostazione fornita nella prima sentenza del TAR Lazio che vede nell'algoritmo una sorta di atto presupposto, quindi atto amministrativo informatico sì, ma in quanto rispondente alle esigenze impresse dall'amministratore all'operatore informatico. Nel caso di specie si è in presenza di un'attività vincolata⁴² nei fini e particolarmente complessa, in considerazione degli innumerevoli elementi che devono essere valutati: ciò tuttavia non comporterebbe alcun apprezzamento discrezionale da parte del sistema meccanografico ma solo la corretta interrelazione fra tutti i dati che vengono forniti dall'amministrazione agente. Più recentemente, nella sentenza del TAR Lazio del 2018⁴³, l'organo giurisdizionale ha ribadito e rafforzato la tesi che vuole che gli istituti di partecipazione di trasparenza e di accesso in relazione ai pubblici poteri, non possano essere mortificati o soppressi soppiantando l'attività umana con quella impersonale.

È evidente la sostanziale uniformità sia della dottrina che della giurisprudenza a sottolineare il dovere di rendere conoscibile agli interessati la famigerata “scatola nera” nonché a “collocare” tra gli atti presupposti tale “scatola nera”: così il pro-

⁴⁰ Si legge testualmente nella sentenza TAR Lazio, III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742 «[...] atteso che l'algoritmo di cui trattasi funziona attraverso un apposito software del quale si ribadisce, l'amministrazione, per mezzo della società privata che lo ha elaborato, ha fornito la descrizione a parte dei ricorrenti... Il *software* è, quindi l'espressione di un insieme organizzato e strutturato di istruzioni contenute in qualsiasi forma o supporto capace direttamente o indirettamente di fare eseguire o fare ottenere una funzione, un compito o un risultato particolare per mezzo di un sistema di elaborazione elettronica dell'informazione e con linguaggio o codice sorgente s'intende il testo di un algoritmo di un programma scritto in un linguaggio ed in fase di programmazione compreso all'interno del file sorgente [...]».

⁴¹ Dello stesso tenore si rinvia alla sentenza TAR Lazio sez. III *bis*, 22 marzo 2017 n. 3769 ove il giudice ha ritenuto legittimo l'accesso all'algoritmo partendo dalla prospettiva che il *software* sia ascrivibile tra gli atti amministrativi endoprocedimentali.

⁴² F. Follieri, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *www.federalismi.it*, 5 aprile 2017.

⁴³ TAR Lazio, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, nn. 9224-9230.

gramma informatico (come l'*hardware*) ha solo una funzione di mero ausilio nei confronti dell'autorità amministrativa, assumendo la funzione di atto presupposto.

Nel quadro della vicenda in esame, i giudici d'appello⁴⁴ – pur per altri versi richiamandosi a quanto stabilito dal giudice di primo grado⁴⁵ – hanno ritenuto che, l'uso di procedure informatiche nell'azione amministrativa, deve essere incoraggiato al fine di migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti con particolare riferimento al profilo d'imparzialità ed efficienza. Nel Codice dell'amministrazione digitale è palese la volontà di indirizzare l'azione dei regolatori pubblici verso il perseguimento d'interventi che utilizzino decisioni algoritmiche. Sul punto, il giudice amministrativo d'appello è venuto a sottolineare gli indiscutibili vantaggi derivanti dall'automazione del processo decisionale dell'amministrazione mediante l'utilizzo di una procedura digitale ed attraverso «un algoritmo – ovvero una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande». Tale sistema rispecchia, secondo l'organo adito, i canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1, l. 241/1990) nonché del buon andamento della stessa (*ex art.* 97 della Costituzione), lì dove s'impone il conseguimento dei fini pubblici con il minor dispendio di mezzi e risorse attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale. Tuttavia, come rileva il Consiglio di Stato seguito in ciò anche dalla dottrina, l'utilizzo di procedure “robotizzate” non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgimento dell'attività amministrativa. La regola algoritmica deve necessariamente sottostare a taluni principi:

- la stessa regola possiede una piena valenza giuridica amministrativa anche se viene declinata in forma matematica a condizione che soggiaccia ai principi generali dell'azione amministrativa, quale quello della pubblicità e trasparenza (art. 1, l. 241/1990) di ragionevolezza e di proporzionalità;
- non può lasciare spazi applicativi discrezionali, di cui l'elaboratore elettronico è privo (*rectius*: ne dovrebbe essere privo avendo già il funzionario operato le scelte discrezionali) ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili;
- vi è sempre la necessità che sia l'amministrazione a compiere un ruolo *ex ante* di mediazione e di composizione degli interessi in gioco;
- deve ritenersi che sia il giudice a dover svolgere per la prima volta sul piano “umano”, eventuali valutazioni sugli accertamenti fatti direttamente in via automatica con la conseguenza che, la decisione robotizzata, impone al giu-

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁴⁵ TAR Lazio, sez. III *bis*, 21 marzo 2017, n. 3742, già richiamata.

dice di statuire in merito alla correttezza del processo automatizzato in tutte le sue componenti.

4. *La motivazione nelle procedure algoritmiche: motivazione per relationem*

Quanto alla motivazione, anche nell'ipotesi in cui la decisione sia derivata da un procedimento automatizzato, non si può escludere che il soggetto interessato non possa pretendere la motivazione del documento o in forma elettronica o in forma tradizionale, pena la violazione del principio di obbligo di motivazione delle decisioni amministrative, sancita dall'art. 3 della l. 241/1990 e ripresa in sede comunitaria. In ciò la giurisprudenza già richiamata, una volta accolta la tesi in merito alla necessità che l'algoritmo sia conoscibile e accessibile dal soggetto interessato, a garanzia del principio di trasparenza e di buona amministrazione, perviene a sostenere che sia possibile ricercare a ritroso nello stesso algoritmo la motivazione dell'atto terminale.

Il termine "motivazione" può essere usato in due eccezioni: la prima "sostanziale", che richiama la necessità che una decisione risponda alla scelta argomentata in relazione ai dati di fatto e di diritto di una fattispecie concreta, la seconda "formale", a cui viene dato talvolta il significato di giustificazione che richiede l'esposizione dell'esplicito percorso argomentativo che ha portato alla decisione. Si sottolinea come «se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa insieme alla comunicazione di quest'ultima, deve essere indicato e reso disponibile [...] anche l'atto cui essa si richiama (cosiddetta motivazione *per relationem*)»⁴⁶. Pertanto, in caso di utilizzo dell'algoritmo fungeranno da motivazione tutti gli atti assunti dall'amministrazione a sostegno della procedura meccanografica. Nel commento alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2270/2019, Prosperetti sottolinea che, il difetto di motivazione derivante dall'uso del *software* potrebbe essere supplito a priori dall'amministrazione con una motivazione *per relationem*: motivazione derivante dal rinvio a ulteriori atti presupposti e pareri ottenuti dall'amministrazione dai quali si possa evincere che l'atto terminale è conforme ai principi dell'azione amministrativa e che, in tal modo, supplisce alla carenza di una specifica motivazione. «Una siffatta motivazione potrebbe essere impiegata laddove l'Amministrazione volesse adottare algoritmi dando conto nella medesima o in qualche punto dell'*iter* provvedimento (ad es. sulla piattaforma utilizzata dagli Amministrati) che i provvedimenti saranno emessi da un *software* commissionato dall'Amministrazione per essere rispondente

⁴⁶ D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Encicl. dir. Annali*, Milano, 2010, vol. III, 46, § 8. F. Saitta, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit.

a certi criteri, del quale è stato verificato il margine di errore, ecc., ecc»⁴⁷. In questo senso, la già citata sentenza del TAR Lazio del 2018⁴⁸, richiama tra i principi sottesi agli istituti della partecipazione procedimentale che devono essere garantiti anche dall'amministrazione robotizzata, proprio l'obbligo di motivazione che tuttavia assume non un carattere "formale" ma un carattere "sostanziale".

Se si vuole, permane il difetto di una motivazione formale e ci si potrebbe chiedere se tale omissione (ammesso e non concesso che la motivazione non possa desumersi *per relationem*) possa essere vizio sufficiente per un'autonoma impugnativa, diversamente da quanto statuito nella sentenza del Consiglio di Stato precitata; ovvero ci si chiede se, qualora l'amministrazione adotti piattaforme e *software* che portino ad atti privi di motivazione, tale omissione causi *ex se* una lesione nella sfera giuridica dei destinatari sì da ammettere l'interesse a ricorrere a prescindere dall'allegazione dei concreti effetti dannosi del provvedimento subito. Il Consiglio di Stato afferma che, ove il privato non comprenda per quali ragioni le sue legittime aspettative siano andate deluse «questo costituisce di per sé un vizio tale da inficiare la procedura».

L'amministrazione è tenuta a dimostrare la trasparenza algoritmica non potendo semplicemente limitarsi ad affermare la coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche: una coincidenza «che deve essere sempre provata e illustrata sul piano tecnico quanto meno chiarendo le circostanze sopra citate, ossia le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche»⁴⁹.

Tuttavia, volendo seguire l'andamento giurisprudenziale, si deve osservare che, dopo una certa difficoltà da parte dei giudici amministrativi, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 8472/2019, è rinvenibile un primo decalogo della legalità algoritmica per la definizione della quale assume un «valore rilevante e paradigmatico la costruzione normativa del regolamento europeo sulla protezione dei dati personali».

Osserva a tal proposito Bonomi, che la motivazione algoritmica viene generata tramite un meccanismo automatico di reperimento, collegamento e giusta posizione di norme e dati; si è di fronte ad una motivazione *ab relationem* qualora l'atto terminale rinvii al provvedimento generale elaborato dal funzionario pubblico contenente il programma diretto all'elaboratore del *software*⁵⁰. D'altro can-

⁴⁷ E. Prosperetti, *Obbligo di motivazione e procedimenti in cui non è nota a priori la logica dell'algoritmo*, Nota a Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, 2270, 17 maggio 2019, in www.dirittomercatotecnologia.it. B. Ragnelli, *Decisioni pubbliche e algoritmi: modelli alternativi di dialogo tra forme di intelligenza diverse nell'assunzione di decisioni amministrative*, in www.federalismi.it, 22 luglio 2020.

⁴⁸ TAR Lazio, sez. III bis, 10 settembre 2018, nn. 9224-9230.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁵⁰ M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, in *Collana del Dipartimento di Giurisprudenza*, Roma, 2020, 48. A. Masucci *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Rimini, 2000, 99 «... se nel nostro ordinamento il menzionato obbligo risponde alle esigenze di rendere "leggibile" come si è formata la decisione e a dimostrare, oltre che al destinatario, alla collettività che la decisione "giustificabile" secondo le leggi in vigore, queste "ragioni" sono del tutto

to, come emerge dalla giurisprudenza in materia, la regola algoritmica non solo deve essere conoscibile ai privati ma anche soggetta alla piena cognizione del giudice amministrativo, come si vedrà in seguito.

5. *Il ruolo del responsabile del procedimento e il sindacato del giudice amministrativo*

Rilevante permane il ruolo del responsabile del procedimento anche a fronte dell'attivazione di una procedura meccanografica. Si è ritenuto che, anche in caso di procedure concorsuali di massa, vi debbano essere meccanismi di vigilanza di tipo tradizionale, attivabili dal soggetto amministrativo in via di emergenza nel caso di un non corretto funzionamento dei sistemi informatici prima ancora di sottoporre la questione al sindacato del giudice amministrativo⁵¹. La necessità della conoscenza dell'algoritmo già durante il procedimento assume, a ben vedere, un particolare significato posto che è la stessa amministrazione che si scontra con il problema del meccanismo algoritmico e con la necessità che questo traduca fedelmente la predefinita regola amministrativa dettata dal responsabile del procedimento⁵². Ciò trova conferma nel Considerando n. 71 del GDPR ove si prevede che, a fronte di trattamenti automatizzati, debbano essere previste misure tecnico-organizzative volte a garantire che possano essere rettificati eventuali inesattezze dei dati in modo da limitare, per quanto sia possibile, il rischio di errori ed impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche⁵³.

valide ed attuali anche nel caso di atti amministrativi informatici. Anzi in questo caso l'esigenza di trasparenza è più forte di quanto non lo sia per gli stessi atti amministrativi manuali. Solo una puntuale motivazione dell'atto informatico può, infatti, attutire la sensazione di oscurità e di anonimato che il privato avverte verso il procedimento automatizzato». U. Fantigrossi, *Automazione e pubblica amministrazione. Profili giuridici*, Bologna, 1993, 134, 135, che esclude l'obbligo di motivazione in base alla considerazione del carattere vincolato dell'atto ad elaborazione informatica.

⁵¹ In questo senso si veda TAR Lazio, sez. I *quater*, 25 settembre 2018, n. 9802, ripresa da A. Simoncini, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1153, il quale ritiene che ogni qualvolta vi sia una procedura automatizzata ve ne deve essere una tradizionale "parallela" di emergenza. L'idea, ad avviso di chi scrive, appare aggravare il procedimento e non certo andare verso una maggiore efficienza ed imparzialità delle scelte della P.A. Se l'algoritmo non funziona sarà effettivamente il giudice amministrativo che determinerà l'annullamento o meno dell'atto terminale.

⁵² «Ciò al fine di perseguire nel miglior modo possibile l'interesse pubblico al quale l'amministrazione è preposta e dal quale non può abdicare, così da scongiurare che la scelta sia surrettiziamente assunta dal soggetto (ingegnere informatico) che ha scritto la regola algoritmica; né le ragioni già esposte, facenti leva sull'economicità e l'efficienza, pare possano portare ad una conclusione di segno contrario. Tale conoscibilità, spostandosi sul piano giurisdizionale, ossia ponendosi nell'ottica del Giudice, deve considerarsi imposta dalla necessità di un sindacato pieno sulle modalità con le quali è stato esercitato il potere», F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 483.

⁵³ Considerando n. 71, GDPR: «L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unica-

La responsabilità di un eventuale errore dell'algoritmo ricadrebbe, in prima battuta, sull'amministrazione nonché sulla società che ha elaborato il *software*: in questa prospettiva il vero scoglio era rappresentato dal fatto che, per dimostrare l'errore dell'algoritmo, si dovesse prendere visione dell'algoritmo stesso altrimenti le doglianze degli interessati non avrebbero trovato tutela avanti ad un giudice amministrativo, con conseguente violazione del principio del diritto alla tutela giurisdizionale⁵⁴. Tale scoglio, allo stato dei fatti, è stato tuttavia superato dall'ammissione all'accesso all'algoritmo e al suo *iter* logico, secondo l'elaborazione giurisprudenziale richiamata in precedenza. L'errore viene imputato all'amministrazione in quanto, trattandosi di un provvedimento illegittimo, è configurabile una responsabilità del funzionario titolare del procedimento che avrebbe dovuto attivarsi per evitare l'errore o che, una volta accertato tale errore, rimuoverlo anche in via di autotutela.

Nella decisione assunta dal TAR Trento⁵⁵, il giudice diversamente ha ritenuto che, fermo restando la responsabilità dell'errore in capo a colui che ha predisposto il funzionamento del sistema, vi è inoltre la responsabilità per fatto omissivo del dipendente che «tempestivamente informato, non si sia adoperato per svolgere secondo i principi di legalità e imparzialità tutte quelle attività che, in concreto, possono soddisfare le legittime pretese dell'istante».

mente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la «profilazione», che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona... Al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifico in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni».

⁵⁴ «Che nessuna amministrazione affermi che la decisione è sacrosanta giacché assunta sulla base di un algoritmo; e non lo affermi nessun giudice e nessun decisore politico. Per quanto riguarda le amministrazioni questa posizione è già stata sconfessata da una recente decisione del TAR Lazio, confermata dal Consiglio di Stato, giacché ogni decisione amministrativa implica assunzione di responsabilità che non può essere lasciata al funzionamento di una macchina, per quanto raffinata.» B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 467.

⁵⁵ TRGA Trento, 15 aprile 2015, n. 149. L. Enriques, *Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senso di poi 4.0*, in *Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 295.

La disfunzione del sistema informatico produce i suoi effetti sul provvedimento finale in quanto i giudici applicano, anche alla fattispecie in esame, il c.d. “principio di derivazione” in forza del quale sul provvedimento finale si riverberano tutti i vizi verificatisi nel corso del procedimento. Il che implica la conoscenza dell’algoritmo già durante il procedimento attraverso una continua vigilanza da parte dell’amministrazione, la quale si scontra «con il problema dell’opacità del meccanismo algoritmico e con la necessità che questo traduca fedelmente la pre-determinata regola amministrativa»⁵⁶.

Risulta più radicale rispetto alle precedenti decisioni la posizione assunta dal TAR Lazio (3742/2017): nessuna complessità procedimentale può legittimare la devoluzione di una decisione amministrativa a un «[...] meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche della tradizione che garantisca istruttoria procedimentale, che deve informare l’attività amministrativa», specie qualora sfoci in un atto provvedimento idoneo ad incidere su posizioni giuridiche soggettive e, di conseguenza, avente ricadute sugli apparati della pubblica amministrazione nonché sulle posizioni giuridiche dei soggetti privati». Nella stessa sentenza il giudice adito ha sottolineato come «le procedure informatiche, finanche ove pervengano al loro maggior grado di precisione e addirittura alla perfezione [...]», non potrebbero mai soppiantare, sostituendola in toto, l’attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un’istruttoria affidata ad un funzionario “persona fisica” è in grado di svolgere che deve essere individuato nella figura del “responsabile del procedimento”, al fine di assicurare l’osservanza degli istituti di partecipazione procedimentale di acquisizione degli apporti collaborativi del privato. Pertanto, secondo l’organo giurisdizionale, il funzionario «[...] deve seguire a essere il *dominus* del procedimento stesso, all’uopo dominando le stesse procedure informatiche predisposte in funzione servente e alle quali va dunque riservato tutt’oggi un ruolo strumentale e meramente ausiliario in seno al procedimento amministrativo e giammai

⁵⁶ «Il principio dell’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi – riconosciuto sia a livello costituzionale, attraverso il coordinamento degli artt. 2, 3 e 24, Cost., sia in virtù delle previsioni contenute nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che prescrive “la predisposizione di adeguati strumenti e di idonee fattispecie capaci di garantire la piena soddisfazione dei diritti e degli interessi tutelati” (principi mutuati dagli artt. 6 e 13 Convenzione internazionale per la salvaguardia dei diritti dell’uomo) non può conoscere limiti di sorta». F. Patroni Griffi, *Intelligenza artificiale: amministrazione e giurisdizione*, cit., 483. F. Saitta, *Le patologie dell’atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Rivista di Diritto Amministrativo Elettronico, Quaderni del DAE*, luglio 2003. «In verità, com’è stato acutamente osservato, l’elemento indefettibile del provvedimento amministrativo non è tanto la volontà, quanto il contenuto volitivo, risultato dall’esercizio e del potere, il quale, negli atti discrezionali, consisterà nella “prefigurazione ed eventuale realizzazione dell’assetto di interessi prescelto all’esito della valutazione comparativa”, mentre negli atti vincolati si ridurrà solo a tale realizzazione. Ebbene, così intesa la volontà non può non rappresentare un elemento essenziale anche degli atti amministrativi elettronici dovendo conseguentemente disattendersi la tesi, in vero alquanto risalente, secondo cui tali atti sarebbero imputabili alla macchina, sarebbero cioè un mero “prodotto della macchina”».

dominante o surrogatorio dell'attività dell'uomo, ostando alla deleteria prospettiva orwelliana di dismissioni delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale, il presidio costituito dal baluardo dei valori costituzionali scolpiti negli artt. 3, 24, 97 della Costituzione oltre che all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo»⁵⁷. Come osserva Viola «[...] il riferimento alla “nuova figura di pubblico funzionario” evocata da Vittorio Frosini merita sicuramente condivisione però con la precisazione resa necessaria dagli sviluppi più recenti della dottrina giuridica relativa all'A.I. [...] alla necessità di riportare la definizione (letteralmente caratterizzata da un qualche grado di imprecisione) alle modifiche psicologico-comportamentali derivanti dall'uso del computer da parte del funzionario pubblico e non ad una qualche soggettività giuridica dell'elaboratore elettronico che quindi assumerebbe per così dire, “in proprio” la qualificazione in termini di “nuova figura di pubblico funzionario”»⁵⁸.

Emerge l'esigenza di evitare che l'automatizzazione della procedura possa generare un processo spersonalizzato che produrrebbe un duplice effetto distortivo: da un lato impedirebbe la partecipazione del privato al procedimento, mancando un interlocutore fisico al quale il privato possa rivolgersi, dall'altro verso perché rischia di generare una polverizzazione della responsabilità connessa alla decisione assunta⁵⁹.

Si osservi inoltre che ci si può avvalere dei sistemi meccanografici solo per atti vincolati e tali atti sono, come sostenuto dal Consiglio di Stato, il prodotto della regola algoritmica o meglio della regola giuridica espressa in forma di algoritmo. Da qui l'osservazione circa l'introduzione di un vero e proprio principio di “legalità algoritmica” di un provvedimento automatizzato conforme alla “regola astratta disposta dall'algoritmo” secondo quanto stabilito dal funzionario amministrativo. Il pubblico funzionario quindi è chiamato a monitorare la rispondenza dell'algoritmo agli interessi dell'amministrazione, il che però presuppone che lo stesso, quale *dominus* del procedimento meccanografico, sia in grado e abbia

⁵⁷ E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit. 283. «Un primo orientamento del giudice amministrativo sembra escludere l'ammissibilità di algoritmi “evolativi” e tanto più di decisioni automatizzate in coerenza con il principio di “strumentalità” nel ricorso all'informatica nelle procedure amministrative. Si coglie bene, in questa linea giurisprudenziale del giudice prime cure, la “chiusura” rispetto alla possibilità di ripensare alla centralità del “funzionario umano” nel procedimento amministrativo [...] Da qui una lettura forse anche troppo netta nelle sue affermazioni, che vuole l'utilizzo delle soluzioni digitali nel procedimento amministrativo in una posizione (meramente) servente e strumentale rispetto all'attività del responsabile persona fisica [...]».

⁵⁸ L. Viola, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro Amministrativo*, 2018, 9, 1606. A. Masucci, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, 2000, 57 ss. F. Saitta *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, cit., 25 che cita V. Frosini, *L'informatica e la p.a.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 484.

⁵⁹ M.C. Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, cit., 18.

quel minimo di conoscenze da poter svolgere il ruolo che gli si richiede. Qualche perplessità nasce in merito al fatto che, nell'apparato amministrativo sia possibile trovare soggetti che vantino una qualche conoscenza in materia meccanografica: se il funzionario pubblico è totalmente inesperto nel settore anche sotto i profili più basilari, è evidente che si affiderà all'operatore informatico senza avere alcun tipo di controllo, vigilanza o quant'altro, sulla corrispondenza tra le necessità della pubblica amministrazione rispetto alla predisposizione del *software* da parte della società privata.

Ancora una volta il problema si sposta sulla capacità del funzionario amministrativo di possedere quelle conoscenze di base in materia di amministrazione digitale che, in realtà non sempre è dato riscontrare nei pubblici amministratori, soprattutto quelli di una certa fascia di età. Ciò trova conferma nei dati raccolti dall'ISTAT in uno studio sull'utilizzo del ICT (*Information and Communication Technologies*) nelle pubbliche amministrazioni locali, ove si rileva che gli investimenti nella formazione del personale sono aumentati nel corso degli anni ma, la percentuale dei dipendenti che vi ha partecipato, è rimasta sostanzialmente invariata⁶⁰.

Alla luce di tali prospettazioni, l'algoritmo deve essere conoscibile secondo "una declinazione rafforzata" del principio di trasparenza: tale conoscibilità deve essere garantita in tutti i suoi aspetti⁶¹. A ciò si aggiunga che la regola algoritmica non solo deve essere conoscibile ma anche soggetta alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo. La necessità di assicurare la conoscibilità dell'algoritmo all'organo giurisdizionale, risponde alla necessità di consentire al giudice stesso il "pieno sindacato" sulle modalità dell'esercizio del potere, pena la violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale del soggetto che lamenta la lesione di una sua posizione giuridica⁶². La pienezza della cogni-

⁶⁰ B. Barmann, *La responsabilità della Amministrazione per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici*, commento a sentenza del TRGA Trento, 15 aprile 2015, 149, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2016, 398 ss. F. Donati, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *www.rivistaAIC.it*, 2020, 1, 425. Sull'applicazione del GDPR nei sistemi di intelligenza artificiale cfr. il *Rapporto sull'intelligenza artificiale del Comitato consultivo della Convenzione per la protezione degli individui con riguardo al trattamento dei dati personali* (convenzione 108), Strasburgo, 25 gennaio 2019. F. Pizzetti, (a cura di) *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 220.

⁶¹ TAR Lazio, sez. III bis, 22 marzo 2017, n. 3769.

⁶² Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270: «La suddetta esigenza risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica. Solo in questo modo è possibile svolgere, anche in sede giurisdizionale, una valutazione piena della legittimità della decisione; valutazione che, anche se si è al cospetto di una scelta assunta attraverso una procedura informatica, non può che essere effettiva e di portata analoga a quella che il giudice esercita sull'esercizio del potere con modalità tradizionali. In questo senso, la decisione amministrativa automatizzata impone al giudice di valutare in primo luogo la correttezza del processo informatico in tutte le sue componenti: dalla sua costruzione, all'inserimento dei dati, alla loro validità, alla loro gestione. Da qui, come si è detto, si conferma la

zione da parte del giudice amministrativo, in funzione di tutela delle situazioni giuridiche coinvolte nel giudizio, appare in sintonia coi principi di garanzia già disciplinati nella legge generale sul procedimento amministrativo, sia in merito alla conformità del procedimento messo in atto dall'operatore (motivazione dei provvedimenti) sia in merito all'accesso agli stessi algoritmi. Tale concetto emerge con insistenza nella giurisprudenza, basti comparare l'uniformità delle decisioni assunte dal TAR e dal Consiglio di Stato: entrambi pongono l'accento sulla discrezionalità tecnica nei procedimenti informatizzati.

Il giudice è chiamato a valutare la correttezza e la validità, in ossequio all'*iter* logico che ha portato il decisore amministrativo a utilizzare la regola che governa l'algoritmo, potrà quindi sostituire la decisione finale qualora ritenga di non voler far propri gli esiti dell'algoritmo in quanto illegittimi. Potrà altresì sostituire la decisione finale, ove questa non sia conforme ai dati contenuti nell'algoritmo o non risponda ai criteri di ragionevolezza imminenti nel procedimento amministrativo automatizzato. «Conoscere» l'algoritmo non è però sufficiente: la vera frontiera è la sua sindacabilità⁶³. Si rileva infatti che, occorre recepire i valori del diritto costituzionale sin dalla fase di progettazione delle macchine⁶⁴, il che implica che bisogna essere in grado di controllare le modalità operative di tale recepimento.

I giudici, che sempre con più frequenza devono confrontarsi con decisioni algoritmiche, si pongono come «avanguardia nel tentativo di fornire le coordinate giuridiche per governare questi fenomeni»⁶⁵.

6. La «discrezionalità amministrativa» nel sistema degli algoritmi

Il punto che lascia perplessi e che rappresenta il presupposto logico-giuridico in merito all'utilizzo degli algoritmi nell'azione amministrativa, attiene al postulato ribadito da tutta la giurisprudenza sopra richiamata secondo la quale, tali strumenti, possono essere utilizzati solo ed esclusivamente lì dove non residui al sistema meccanografico alcuna discrezionalità⁶⁶.

necessità di assicurare che quel processo, a livello amministrativo, avvenga in maniera trasparente, attraverso la conoscibilità dei dati immessi e dell'algoritmo medesimo».

⁶³ B. Caravita di Toritto, *Principi costituzionali e intelligenza artificiale*, cit., 468.

⁶⁴ A. Carcaterra, *Machinae autonome e decisione robotica*, in A. Carleo, *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 42.

⁶⁵ E. Carloni, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, cit. Va in ogni caso segnalato che l'approccio al tema non si esaurisce nell'intervento del giudice amministrativo: così ad esempio, a livello governativo presso l'Agenzia per l'Italia digitale (AGID), risulta attivata una *task force* sull'intelligenza artificiale che ha già prodotto un significativo Libro bianco in materia.

⁶⁶ E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, cit. 286. «La condizione di ammissibilità delle decisioni mediante algoritmi sembra dunque dipendere, a tenore di questa giurisprudenza [con particolare riferimento al Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995,

Sostanzialmente, sia il TAR che il Consiglio di Stato hanno convenuto che l'impiego degli algoritmi sia limitato agli atti vincolati e privi di qualsiasi apprezzamento, il che presuppone su un piano scientifico, una netta distinzione tra atti discrezionali e atti vincolati: ma a ben vedere tale distinzione è venuta via via a ridursi poiché, prevalentemente, ci si imbatte in atti caratterizzati da una discrezionalità tecnica che, in quanto tali, contengono pur sempre elementi valutativi. In via generale, la stessa distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa non attiene più alla tesi tradizionale della ponderazione degli interessi primari rispetto agli interessi secondari, ma si distingue per l'oggetto dei giudizi in quanto «quelli che sono propri della discrezionalità tecnica vertono sulla qualificazione dei fatti, mentre giudizi attenenti alla discrezionalità amministrativa vertono sull'assetto da dare agli interessi»⁶⁷. Nel primo caso la fattispecie indeterminata suscita incertezza riguardo la sussistenza dei presupposti per la sua applicazione, nel secondo caso apre la possibilità tra azioni alternative. Da qui l'osservazione che l'impiego della parola discrezionalità in tutti e due i casi è forviante come forviante è l'impiego della parola stessa «per designare ogni operazione mentale il cui esito non sia esattamente predeterminato...»⁶⁸. La discrezionalità amministrativa, come insegna Sorace, consiste «nel potere di scegliere i mezzi per raggiungere fini eterodeterminati dalla legge»⁶⁹, mentre nella discrezionalità tecnica, la scelta dei mezzi per raggiungere tali fini è notevolmente circoscritta, non richiedendo la norma giuridica una particolare attività interpretativa rispetto alla scelta degli stessi mezzi da utilizzare.

Nei procedimenti automatizzati non ci si trova di fronte ad una discrezionalità amministrativa attribuita all'operatore meccanografico: l'amministrazione chiede al programmatore la realizzazione di un *software* che può residue di valutazione a fronte di documenti, atti, certificati ecc., rispetto ai quali, in base ad elementi oggettivi in essi contenuti, il *software* deve limitarsi a disciplinare ed organizzare quanto richiesto. Come ha sottolineato la dottrina prima richiamata è il funzionario amministrativo che opera eventuali scelte tra gli interessi coinvolti prima ancora che venga elaborato l'algoritmo.

Il tema della discrezionalità non è stato affrontato in via diretta né dal TAR né dal Consiglio di Stato, né si è dato conto dell'emergere di fondamenti diversi

n. 152], dal carattere vincolato (non discrezionale) della decisione, un esito peraltro già presente nel dibattito dottrinale che tradisce però una sottovalutazione del carattere non meramente operativo degli algoritmi complessi».

⁶⁷ F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2019, 2, 320.

⁶⁸ F. Trimarchi Banfi, *Ragionevolezza e razionalità delle decisioni amministrative*, cit., 321.

⁶⁹ D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*, VII ed., Bologna, 2014, 357 ss. Osserva l'A. che, «la discrezionalità (può) riguardare l'*an*, il quando, il *quomodo*, cioè (può) consistere nel decidere se e in quale momento e in quale modo agire».

rispetto alla distinzione tradizionale, facendo generico riferimento alla discrezionalità tecnica o discrezionalità amministrativa e pervenendo alla conclusione che solo a fronte di una discrezionalità amministrativa sono rinvenibili le condizioni per poter ricorrere ai sistemi algoritmici.

Tuttavia, su un piano teorico non può non tenersi conto del fatto che, la nuova declinazione del potere discrezionale al tempo della “scienza incerta”, deriva dalla massiccia penetrazione della scienza nel mondo della gestione e della regolamentazione degli interessi pubblici e privati⁷⁰. Il punto di snodo diventa, così, come sottolineato dal giudice d’appello «la “regola tecnica che governa ciascun algoritmo”, in quanto si tratta pur sempre di una “regola amministrativa generale”, elaborata dal pensiero dell’uomo che ne è e ne resta, sempre e comunque, il *dominus* laddove alla “macchina” ne viene rimessa la semplice applicazione sul terreno, quando pure ciò avvenga in via “esclusiva”, ossia senza la cooperazione dell’attività dell’uomo»⁷¹. La regola tecnico-amministrativa, nella quale è rinvenibile una valenza giuridica se pure declinata in forma matematica, non “piega” i principi generali del procedimento amministrativo. Ciò comporta che la discrezionalità amministrativa non può essere demandata al *software*, dovendo essere invece rintracciata nel momento di elaborazione del *software* stesso o, se si vuole, nella scelta dell’amministrazione circa l’opportunità di utilizzare, in una fattispecie concreta, lo strumento digitale. Come osserva Ferrara, la penetrazione della regola della tecnica nel diritto, deve considerarsi un fenomeno ormai inevitabile al quale ci si dovrà rapportare, sia pure ponendo particolari attenzioni, ai principi generali che regolano i rapporti tra privato e pubblica amministrazione. Il punto dirimente afferisce al concetto di discrezionalità tecnica nel senso che, i fatti complessi devono essere risolti attraverso il rinvio alle c.d. “scienze dure”, anche se in funzione strumentale e servente e, su questo terreno, il giudice amministrativo non s’interroga soltanto sulla natura e sulla dimensione quantitativa del potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche, ma anche sulla sua collocazione spazio temporale allorché, l’esercizio delle facoltà discrezionali, vada ad intrecciarsi con l’esercizio dei poteri c.d. vincolati e/o di un potere dal quale esulerebbe, comunque, ogni pur residua potestà di apprezzamento discrezionale dei fatti, sia essi semplici che complessi che rilevano in un procedimento amministrativo. Tale tesi implica l’ampiamiento dei casi di utilizzo degli algoritmi decisionali poiché connessi alla discrezionalità c.d. tecnica.

La pienezza della cognizione da parte del giudice amministrativo, in funzione di tutela delle situazioni giuridiche coinvolte nel giudizio, appare in sinto-

⁷⁰ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Diritto Amministrativo*, 2019, 4, 774.

⁷¹ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 779.

nia con i principi di garanzia già disciplinati nella legge generale sul procedimento amministrativo, sia in merito alla conformità del procedimento messo in atto dall'operatore (motivazione dei provvedimenti) sia in merito all'accesso agli stessi algoritmi. Tale concetto emerge con insistenza nella giurisprudenza, basti comparare il dibattito giurisprudenziale insorto tra TAR e Consiglio di Stato: entrambi pongono l'accento sulla discrezionalità tecnica nei procedimenti informatizzati. La regola tecnica che governa un algoritmo viene sempre ad essere una regola giuridica ossia una formula tecnica che assume la forma e la caratterizzazione materiale di una regola giuridica in senso proprio. Ciò significa che, nel momento in cui tale regola viene elaborata e messa in campo, il potere discrezionale non solo è totalmente in capo all'amministrazione, ma si manifesta in tutta la sua rilevanza nelle forme contemporanee suggestive della discrezionalità tecnica «la quale sembra quasi costituire a mio avviso il modello fondamentale e paradigmatico del potere discrezionale *tout court*»⁷². Tale attività di elaborazione della formula tecnica destinata a governare l'algoritmo, è certamente sindacabile da parte del giudice amministrativo, viene quasi da comparare la regola giuridica che governa l'algoritmo al regime dell'atto amministrativo presupposto, nei confronti del quale le decisioni attuative-esecutive si configurano come meri atti di esecuzione di “regole del gioco” assunte in altra sede, ovvero in un altro *step* procedimentale. Occorre, utilizzando l'algoritmo, che venga a “ridursi” il potere discrezionale, sia tecnico sia amministrativo, proprio degli atti della p.a. soprattutto quando il processo decisionale sia governato, a monte, da una scelta tecnico-amministrativa operata da pubblico funzionario. Ovviamente tutto il discorso attiene all'algoritmo in senso “semplice” non a tutti quei fenomeni e alle elaborazioni che le scienze dure possono comportare fino alla c.d. intelligenza artificiale.

Nel momento in cui i Tribunali amministrativi regionali, sia pure con sfumature diverse, stabiliscono che è il funzionario il *dominus* del procedimento che deve disciplinare le procedure informatiche predisposte in funzione servente e mai sostitutive dello stesso, come più volte ribadito dalla giurisprudenza richiamata, è evidente che, anche nelle procedure robotizzate governate da un algoritmo si può pervenire alla considerazione che il potere amministrativo di tipo «assolutamente vincolato o comunque vincolato *tout court* [e] sulla cui base molte teorie generali con importanti ricadute sul piano pratico sono state costruite, in realtà forse non esiste [più] in quanto tale, oppure è comunque una merce assai rara»⁷³.

⁷² R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 784. F. Gorgerino, *Discrezionalità amministrativa ed ermeneutica giuridica*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 4, 1272 ss. R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo, le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2004, 39.

⁷³ R. Ferrara, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., 788, nota 34 «[...] almeno tendenzialmente, in quanto l'alternativa al potere vincolato/potere discrezionale mi sembra più rilevante sul piano dell'utilità stru-

7. Possibili conclusioni

La ricostruzione effettuata consente di pervenire ad osservazioni finali: la prima cosa che balza all'occhio è che tutta la giurisprudenza ha cercato di includere i nuovi sistemi meccanografici nel quadro dei principi del procedimento amministrativo. Se vogliamo, non viene colta la novità intrinseca di tali strumenti ma la maggiore preoccupazione, soprattutto del giudice amministrativo, è quella di garantire al privato le tutele che il procedimento amministrativo offre. Certamente si deve prendere atto dello sforzo di coniugare i tradizionali sistemi amministrativi con l'utilizzo dei sistemi meccanografici: il punto principale è rappresentato dall'accesso all'algoritmo e dalla sua sindacabilità. Pur tuttavia ciò avviene nel quadro delle procedure amministrative, la digitalizzazione è favorita e promossa attraverso tecnologie che realizzino gli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza dell'azione amministrativa. *Dominus* di tale procedura rimane il funzionario amministrativo mentre il sistema meccanografico diventa lo strumento "servente" per l'adozione della decisione finale. Da qui l'osservazione che pur volendo promuovere la digitalizzazione dei servizi e delle procedure, le novità derivanti dall'uso dei sistemi meccanografici devono "piegarsi" al paradigma del procedimento amministrativo, il che porta ad escludere quegli algoritmi non legati ad atti amministrativi vincolati nonché altri sistemi meccanografici. Si può ipotizzare di trovarsi di fronte al fatidico "cavallo di Troia" per operare una più radicale apertura, non solo dei sistemi meccanografici, ma anche dell'intelligenza artificiale nell'ambito della nostra amministrazione⁷⁴.

mentale che ne deriva, là ove si tratti di qualificare come diritto soggettivo piuttosto che come interesse legittimo le pretese di cui si invoca la tutela giurisdizionale, con tutto quanto ne consegue, anche sul terreno materiale/sostanziale della identificazione/definizione del potere che viene esercitato». D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁷⁴ L. Viola, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, 1-2, 78.

La legalità algoritmica nella giurisprudenza amministrativa

L'obiettivo della presente riflessione è quello di esaminare, con occhio critico, la giurisprudenza italiana in merito all'uso dei sistemi meccanografici utilizzati dalla pubblica amministrazione, con particolare riferimento alle recenti sentenze del Tribunale amministrativo regionale e del Consiglio di Stato. Anche ricorrendo a sistemi algoritmici in procedure che richiedono un gran numero di documenti amministrativi e coinvolgono un rilevante gruppo di soggetti, i principi del procedimento amministrativo possono essere garantiti a protezione delle situazioni giuridiche degli interessati. Pertanto, l'algoritmo deve essere considerato un atto amministrativo informatico e, in quanto tale, se ne deve garantire l'accesso, la motivazione nonché il sindacato del giudice amministrativo. L'utilizzo dell'algoritmo è limitato agli atti amministrativi che non residuano alcuna discrezionalità: a tal proposito il tema della discrezionalità tecnica deve ormai essere considerato quale prototipo della nozione discrezionalità. Il concetto di discrezionalità tecnica si esplica nel senso che, i fatti complessi devono essere risolti attraverso il rinvio alle c.d. "scienze dure".

Algorithmic legality in administrative jurisprudence

The aim of this reflection is to critically examine the Italian jurisprudence regarding the use of the mechanographic systems deployed by the public administration, with particular reference to the recent judgments passed by the Regional Administrative Court and the Council of State. Even by resorting to algorithmic systems in procedures that require a large number of administrative documents and involve a significant group of subjects, the principles of the administrative procedure can be guaranteed to protect the legal situations of the data subjects. Therefore, the algorithm must be considered an IT administrative act, and as such, its access, motivation and review must be guaranteed to the administrative judge. The use of the algorithm is limited to administrative acts that have no discretion: in this regard, the issue of technical discretion must now be considered a prototype of the notion of discretion. The concept of technical discretion is expressed in the sense that complex issues must be resolved through reference to the so-called 'hard sciences'.